

## Gommers natuurrechtsleer: no new fable of the bees

'De vraag naar de grondslagen van ons recht kan beantwoord worden door de biologie. Het recht vindt zijn grondslag in onze genen', schrijft Gommer in 'Normen als uitkomst van natuurlijke selectie' (NJB 2009, 1009, afl. 21, p. 1327-1331). Aan de basis van onze moraal staat niet 'de rationele argumentatie' maar biologisch verklaarbare 'principes en regels binnen een groep om free riders (profiteurs) en cheaters (valspelers (bedoeld zal zijn: valsspelers, Hendrik Kaptein)) geen kans te geven. (...) Zo gezien zijn normen een logisch gevolg van natuurlijke selectie en komen normen ten diepste toch voort uit biologische feiten.' (p. 1327).

Gommer gaat uit van het dierenrijk: 'Bijen straffen soortgenoten' (p. 1329). Ook andere dieren die niet goed meedoen worden door soortgenoten gesanctioneerd. Dat is evolutionair verklaarbaar, want goed voor het voortbestaan van de soort, aldus Gommer. Straffen door mensen zouden verklaarbaar zijn volgens dezelfde mechanismen en daarmee zouden recht en moraal inderdaad biologische grondslagen hebben. Ofwel: recht en moraal zijn niet meer dan evolutionair verklaarbare mechanismen om menselijk onwenselijk gedrag tegen te gaan.

1. Maar hoe kunnen wij weten dat bijen soortgenoten straffen? Als schijnbaar negatief gedrag van bijen ten opzichte van elkaar al kan worden uitgelegd als evolutionair zinvol, bijvoorbeeld door conditionering, dan is dergelijk gedrag daarmee nog geen straf. Straf in juridische dan wel morele zin is immers (tenminste) bewuste toevoeging van leed. Mensen maken een onderscheid tussen enige onmiddellijk negatieve reactie op andermans gedrag, zoals dadelijk terugschreeuwen of -slaan, en anderzijds al dan niet weloverwogen waarschuwing, vermaning en toediening van straf. Bovendien maken mensen op de één of andere manier onderscheid tussen strafwaardig en dus min of meer vrijwillig doen en laten en anderzijds niet strafwaardige overmacht.

Bij Gommer komen dergelijke onderscheidingen niet voor. Al evenmin wordt bij hem duidelijk hoe straf als bewuste leedtoevoeging zou kunnen worden 'gereduceerd' tot de sfeer van onmiddellijke negatieve reacties. Het in ieder geval voor andere dieren dan primaten onomstreden Romanes-postulaat ('door hun neuronale bouw vertonen dieren als mensen wél pijnreacties, maar kunnen zij anders dan mensen geen pijn voelen') blijft bij Gommer buiten beschouwing. Alleen dat al maakt stellingen over 'straffen door bijen', enz. zinloos. Straffen is immers tenminste bewuste leedtoevoeging.

2. Als negatieve dierenreacties op evolutionair suboptimaal gedrag al in Darwiniaanse termen verklaarbaar zijn, dan blijft de vraag wat strafrechtspleging bijdraagt aan overleving en evolutie van de menselijke soort. Van bevoegde zijden wordt nogal eens beweerd - en gestaafd op grond van een veelheid van feiten - dat het hedendaags gevangenisregime zelfs in 'beschaafde' rechtsorden meer kwaad dan goed doet, onder andere door recidive als gevolg van detentie (zie voor een overzicht bijvoorbeeld Helen Epstein in *The New York Review of Books*, 11 juni jl.). Een dergelijke strafrechtspleging lijkt evolutionair eerder ongunstig en dus niet 'Darwiniaans verklaarbaar'. Die problematiek komt bij Gommer evenmin voor.

3. Gommer lijkt recht met dwang te vereenzelvigen. Bijvoorbeeld: 'Het recht is er niet om een 'hoger doel' te bereiken. Er is geen sprake van een doel, maar van een wetmatig proces waarbij het recht een uitvloeisel is van het afstraffen van free riders, een mechanisme dat ook bij relatief eenvoudige organismen te herkennen is.' (p. 1331). Hart heeft overtuigend uitgelegd dat positief recht niet louter in termen van dwang kan worden uitgelegd, hoe indirect ook. Wetten en regels van bijvoorbeeld overeenkomstenrecht en rechtsvordering scheppen mogelijkheden die door rechtsgenoten al dan niet kunnen worden benut. Dergelijke *empowering rules* zijn niet verklaarbaar in termen van dwang en sancties (zie H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 1961, herziene uitgave 1994).

Verwant daarmee is het even bekende inzicht dat recht oorzaak én gevolg is van institutionalisering, en daarmee van geschiedenis. Ontstaan en verandering van machtscheiding is daarvan een voorbeeld. Dieren kennen geen machtscheiding. (Volgens Gommer bestaat die machtscheiding bij de mens evenmin: zie zijn proefschrift *Onder de rechter* 2008 en daarover schrijver dezes in *RMThemis*, 2009, 1). Voor zover bekend hebben dieren helemaal geen instituties, institutionele geschiedenis of welke geschiedenis dan ook, afgezien van de biologische geschiedenis van diersoorten.

4. Gommer lijkt het begrip 'grondslag' te gebruiken in de zin van 'oorzaak'. Een deel van menselijk doen en laten zal inderdaad verklaarbaar zijn of worden op grond van oorzaken en gevolgen in termen van al dan niet evolutionistische biologische theorie. Maar zodra wordt beweerd dat de grondslagen van het recht te vinden zijn in evolutietheorie, wordt in ieder geval over het hoofd gezien dat 'grondslag' ook moet betekenen: grond in de zin van rechtvaardigingsgrond, neerkomend op goede of zelfs overtuigende redenen. Zo verwacht Gommer verklaring en rechtvaardiging.

Verwarring van verschillende begrippen van grondslagen hangt samen met verwarring van twee

betekenissen van 'moeten': 'niet anders kunnen gegeven bepalende oorzaken' of 'behoren'. Voor zover bekend geldt dit onderscheid niet voor dieren. Voor mensen is het nogal belangrijk. Alleen al dit gegeven maakt feiten over dieren, voor zover al betrouwbaar vast te stellen, niet zonder meer van toepassing op mensen. Anders gezegd: dieren- én mensengedrag kan 'geregeld' zijn in de zin van: verlopend volgens vaste en min of meer verklaarbare patronen. Mensen handelen bovendien 'naar de voorstelling van regels': zij kunnen regels al dan niet op goede gronden opvolgen of juist overtreden, en/of de regels veranderen en zelfs verbeteren. Zelfs Darwin stelde dat uitdrukkelijk, in *The Descent of Man* 1859: natuurlijke neigingen scheppen nog geen regels, daar is nadenken voor nodig. Ook dat schept menselijke geschiedenis, iets dat bij dieren echt niet voorkomt (zie al onder 2). Gommer denkt de kloof tussen feiten en normen te kunnen dichten met hulp van evolutietheorie (p. 1330 e.v.). Maar dan verwacht hij wat hooguit is 'descriptieve ethiek' ofwel beschrijving en verklaring van regels, gewoonten en gebruiken, met normatieve ethiek, die op de één of andere manier beoogt voor te schrijven wat mensen ondanks hun natuurlijke neigingen en drijfveren zouden behoren te doen.

5. Gommers gevolgtrekkingen voor het recht uit het dierenrijk berusten op vals-antropomorfische analogieën van dier en mens. Menselijke begrippen van misdaad en straf kunnen niet straffeloos worden toegepast op dieren. Wie aanneemt dat bijen elkaar straffen, zonder over de aannemelijkheid van die stelling met bijen te kunnen overleggen, doet niet veel meer dan van bijen mensen maken. Dergelijke categoriefouten doen bij én mens onrecht.

Wittgenstein schreef in *Philosophische Untersuchungen*: 'Wenn ein Löwe sprechen könnte, wir könnten ihn nicht verstehen.'

6. Gommers stelling dat straf en recht terug te voeren zijn op evolutietheorie is overbodig. Het kan nogal wat eenvoudiger en duidelijker. *Life is not a suicide club*, schreef Hart (ook in *the Concept of Law*) en gegeven menselijke omstandigheden, beperkingen en tekortkomingen zal geen samenleving kunnen voortbestaan zonder enige geregelde bescherming van *person, property and promise*, in welke nadere vormen dan ook. (Hume schreef er al over, maar Gommer denkt dat C.W. Maris dit heeft bedacht: hier wordt gepronkt met andermans veren). Zonder sancties kan niet worden beschermd *et voilà*: meer is niet nodig om uit te leggen dat mensen elkaar dwingen zich te gedragen (al lijkt gevangenisstraf daartoe inderdaad niet zonder meer het meest geëigende middel). Een dergelijke verklaring is - anders dan Gommer het voorstelt - niet alleen evolutionistisch-biologisch. Het gaat mede om motieven: mensen en maatschappijen die willen overleven zullen streven naar bescherming van wezenlijke voorwaarden voor leven en samenleven. Voor zover bekend kennen dieren geen eigendoms- en overeenkomstenrecht en ook de bescherming van de 'persoon' in het dier is niet duidelijk geregeld. Ook hier geldt dat eigendomsrecht, contractenrecht en nogal wat ander recht meer is dan dwang.

7. Gommer heeft ons nog geen nieuwe natuurrechtsleer gebracht. Zelfs al zou er een begin van aannemelijkheid schuilen in zijn 'genetische', 'evolutionistische' en/of 'biologische' benadering van straf en recht, dan blijft de vraag wat juristen daarmee zouden moeten beginnen. 'Het recht zit in onze genen', stelt Gommer. Zolang dat hooguit kan gelden in figuurlijke zin is Gommers bijdrage geen zinvolle evolutie van de rechtswetenschap en zal die rechtswetenschap nog niet worden vervangen door evolutietheorie.

*Hendrik Kaptein*